

# **OW\_GERICHTE AbR 1986/87 Nr. 5 vom 26. November 2015**

OW Obergericht, 2015-11-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow\\_gerichte\\_AbR\\_1986\\_87\\_Nr.\\_5](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR_1986_87_Nr._5)

FR: OW\_GERICHTE AbR 1986/87 Nr. 5 du 26 novembre 2015

IT: OW\_GERICHTE AbR 1986/87 Nr. 5 del 26 novembre 2015

## **Regeste**

AbR 1986/87 Nr. 5, S. 38: Art. 243 lit. b ZPO Befehlsverfahren. Begriffe des klaren Rechts und der Liquidität als Voraussetzungen des Befehlsverfahrens (E. 1). Art. 667 Abs. 2 und 677 ZGB Abgrenzung Dauerbaute/Fahrnisbaute. Fall eines Brun

## **Erwägungen**

### **E. 1**

a) Der Rekurrent beantragt im Hauptpunkt, es sei festzustellen, dass das Gesuch der Rekursgegnerin nicht im Befehlsverfahren nach Art. 243 Bst. b ZPO hätte behandelt werden dürfen. Zur Begründung beruft er sich auf das Fehlen von "klarem Recht" im Sinne der genannten Bestimmung. Als summarisches Verfahren ist das Befehlsverfahren seinem Wesen nach ein abgekürztes Erkenntnisverfahren, in welchem den Parteien nicht alle Angriffs- und Verteidigungsmittel zur Verfügung stehen wie im ordentlichen Prozess (vgl. Art. 232 ZPO). Gemäss Art. 243 Bst. b ZPO ist das Befehlsverfahren (unter anderem) zulässig "zur schnellen Handhabung klaren Rechtes bei nicht streitigen oder sofort beweisbaren tatsächlichen Verhältnissen". Die Voraussetzungen des klaren Rechts sowie der nicht streitigen oder sofort beweisbaren tatsächlichen Verhältnisse müssen dabei kumulativ erfüllt sein. Fehlt es an der einen oder anderen, ergibt sich Illiquidität und der Gesuchsteller ist zur Abklärung seines Anspruches ins ordentliche Verfahren zu verweisen (Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen ZPO, Zürich 1976, § 222 N 6 und 226 N 2; vgl. auch Art. 250 ZPO). b) Klares Recht besteht nicht nur dann, wenn es sich direkt aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt, sondern auch dann, wenn eine im Rahmen bewährter Auslegung sich bewegende Interpretation den Sinn eines Rechtssatzes oder Rechtsbegriffes deutlich ergibt. Voraussetzung dabei ist, dass sich bei der Rechtsanwendung unter Berücksichtigung bewährter Auslegung und Rechtsprechung keine begründeten Zweifel ergeben. Auch wenn der Wortlaut einer Rechtsvorschrift an sich nicht eindeutig ist, kann sie doch im Hinblick auf den Sinn, der ihr nach bewährter Lehre und Rechtsprechung beigelegt wird, klar sein. Entscheidend ist, dass die eingehenden rechtlichen Erwägungen zu einem einzig möglichen Schluss führen (Sträuli/ Messmer, a.a.O., 226 N 2; AbR 1980/81 Nr. 26 E. 2; AbR 1986/87 Nr. 23 E. 2). Daraus erhellt, dass die vom Rekurrenten vorgebrachten Einwände gegen das Bestehen klaren Rechtes nicht ausschlaggebend sein können. So lassen namentlich die Tatsachen, dass einerseits die Vorinstanz umfangreiche rechtliche Abklärungen zu treffen hatte und andererseits in dem gut vier Monate dauernden Verfahren ein doppelter Schriftenwechsel stattfand, nicht auf das Fehlen von klarem Recht schliessen. Demgegenüber liegen nicht sofort beweisbare tatsächliche Verhältnisse dann vor, wenn die beklagte Partei Einreden und Einwendungen erhebt, die vom Kläger nicht als unerheblich oder unzutreffend entkräftet werden können - wobei es allerdings genügen muss, dass die beklagten Einwendungen einigermaßen glaubhaft sind -, andererseits

aber auch, wenn der Sachverhalt weder erwiesen noch genügend glaubhaft gemacht oder aber widerlegt worden ist (ZR 85/ 1986, Nr. 65; Sträuli/ Messmer, a.a.O., 226 N 3 f.; AbR 1986/87, Nr. 7 E. 2). Die Illiquidität muss sich somit auf die materielle Berechtigung beziehen.

## **E. 2**

Zur rechtlichen Begründung ihres Herausgabebegehrens beruft sich X in erster Linie auf Art. 641 Abs. 2 ZGB. Danach kann der Eigentümer einer Sache sie von jedem, der sie ihm vorenthält, herausverlangen. X beantragte in ihrem Befehlsbegehren die Herausgabe des Brunnens unter Berufung auf ihre Eigentümerstellung. Der Befehlsrichter durfte demnach das Begehren im Rahmen des Befehlsverfahrens nur dann gutheissen, wenn sich aufgrund des sofort beweisbaren tatsächlichen Sachverhaltes die Eigentümerstellung von X ergab. Dies gilt es nachfolgend zu prüfen. a) Das Eigentum an Grund und Boden umfasst - unter Vorbehalt der gesetzlichen Schranken - auch die auf dem Grundstück stehenden Bauten (Art. 667 Abs. 2 ZGB). Als Bauten gelten nicht nur Gebäude, sondern alle Vorrichtungen, die technisch mit dem Boden verbunden sind, also auch Brunnen (A. Meier-Hayoz, Kommentar zum ZGB, Bern 1965, Art. 667 N 30). Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass zur Feststellung des Eigentums der Frage entscheidende Bedeutung zukommt, ob der Brunnen als Dauerbaute und damit als Bestandteil des Grundstückes zu qualifizieren ist und das Schicksal der Hauptsache, der Liegenschaft, teilt (Akzessionsprinzip), oder ob er lediglich eine Fahrnisbaute im Sinne von Art. 677 ZGB darstellt. Danach behalten Hütten, Buden, Baracken und dergleichen ihren besonderen Eigentümer, wenn sie ohne Absicht bleibender Verbindung auf fremdem Boden aufgerichtet sind. b) Primäres Unterscheidungskriterium zwischen Dauer- und Fahrnisbaute bildet nach Lehre und Rechtsprechung das subjektive Element der inneren Verbindung zwischen der Baute und der Liegenschaft. Diese Verbindung beurteilt sich danach, ob die Absicht der Beteiligten, namentlich der Wille des Bauherrn zur Zeit der Errichtung, dahinging, die Baute dauernd oder nur vorübergehend mit dem Boden zu verbinden. Neben diesem Kriterium ist aber auch das objektive Element der äusseren Verbindung zwischen Baute und Liegenschaft ein "beachtenswertes Indiz"; denn was Art. 642 ZGB an körperlichem Zusammenhang zwischen Hauptsache und Bestandteil allgemein voraussetzt, muss grundsätzlich auch für den Sonderfall der Verbindung zwischen Bauten und Grundstücken gelten, nämlich ein Mindestmass an äusserer Erkennbarkeit (Meier-Hayoz, a.a.O., Art. 677 N 7 und Kommentar zum ZGB, Bern 1981, Art. 642 N 32; BGE 100 II 11 E. 2b; 105 II 266 E. 1a). Die äussere Verbindung des mehrere 100 kg wiegenden Granitbrunnens mit dem Boden ist relativ lose. Der Brunnen ist durch keinerlei technische Hilfsmittel mit dem Boden verbunden oder in diesen eingelassen, sondern ruht lediglich mittels seiner eigenen Schwerkraft darauf. Ungefähr im Jahre 1970 wurde er denn auch von der Wasserleitung abgehängt und auf dem Grundstück - mittels den damals zur Verfügung stehenden technischen Hilfsmitteln - verschoben. Darauf allein kommt es aber nicht an. Die Intensität der äusseren Verbindung bildet nicht alleiniges und ausschlaggebendes Kriterium, sondern lediglich ein Indiz für die Feststellung der Bestandteilseigenschaft. Zur Bejahung als Bestandteil genügt unter Umständen sogar die blossе, durch die Schwerkraft vermittelte Berührung mit der Hauptsache. Besteht aber eine nur lose äussere Verbindung, so kommt der inneren Verbindung und damit der Absicht der Parteien bzw. des Eigentümers eine um so grössere Bedeutung zu (BGE 92 II 231 ff E. 2; Meier-Hayoz, a.a.O., Art. 642 N 17 und N 20). Qualifiziert man den Brunnen richtigerweise als Dauerbaute gemäss Art. 667 Abs. 2 ZGB, kommt es auch nicht darauf an, ob durch die Trennung der Baute vom Grundstück letzteres

zerstört, beschädigt oder verändert wird (Art. 642 Abs. 2 ZGB; vgl. dazu Liver in SPR, V 1, 166). Im obergerichtlichen Verfahren ist von den Parteien nicht bestritten, dass der Brunnen wahrscheinlich im Jahre 1866 mit der Absicht dauernden Verbleibens auf der Liegenschaft aufgestellt wurde. Dafür spricht überdies auch die damalige wirtschaftliche Situation, kam dem Brunnen in einer Zeit, da in den Häusern kaum Wasseranschlüsse bestanden, doch eine massgebliche Bedeutung zu. Aufgrund dieser inneren sowie der durch die Schwerkraft hergestellten äusseren Verbindung gilt der Brunnen als Dauerbaute gemäss Art. 667 Abs. 2 ZGB, was zur Folge hat, dass sich das Eigentum an der Liegenschaft, auf der der Brunnen stand, auch auf diesen bezog. c) Der Rekurrent vertritt die Meinung, der Brunnen könne deshalb nicht als Dauerbaute bzw. als Liegenschaftsbestandteil betrachtet werden, weil er bereits im Jahre 1970 von der Wasserleitung abgehängt, auf dem Grundstück verschoben und als Blumentrog verwendet wurde. Aus der Tatsache allein, dass eine Sache später von ihrem ursprünglichen Standort entfernt bzw. auf der Liegenschaft verschoben wird, kann nicht der Schluss gezogen werden, dass die Absicht des Eigentümers nicht mehr auf eine dauernde Verbindung der Sache mit der Liegenschaft gehe. Ebenso wenig wird eine als Dauerbaute errichtete Baute durch blosse Zweckänderung in eine Fahrnisbaute umgewandelt (Meier-Hayoz, a.a.O., Art. 667 N 17 und Art. 677 N 27; BGE 100 II 12 E. 2b). Im übrigen müsste der Brunnen auch dann als Dauerbaute qualifiziert werden, wenn ihn W beispielsweise im Jahre 1970 gekauft und auf seiner Liegenschaft von Anfang an als ein die Umgebung gestaltendes Bauelement, mit oder ohne Wasserlauf, verwendet hätte. Entscheidend wäre auch in diesem Fall die Absicht der dauernden Verbindung des Brunnens mit der Liegenschaft. Es ist nicht einzusehen, weshalb diese Absicht im Falle, dass der Brunnen Wasser führte, zu bejahen wäre, nicht aber im Falle seiner Verwendung als gestaltendes, zierendes Bauelement ohne Wasser. Der Umstand allein, dass der Brunnen vom Eigentümer W später tatsächlich verkauft und damit vom Grundstück getrennt werden sollte, spricht überhaupt nicht dagegen, dass er ursprünglich mit der Absicht der dauernden Verbindung auf das Grundstück gestellt wurde. Ebenso wenig kann der Rekurrent aufgrund der Tatsache, dass der Brunnen weder im detaillierten Inventarprotokoll noch im Inventarverzeichnis der Grundpfandschätzungskommission aufgeführt ist, etwas zu seinen Gunsten ableiten.

### **E. 3**

Da der Brunnen als Dauerbaute betrachtet werden muss, ist zu prüfen, ob er als solche von dem zwischen X und W geschlossenen Kaufrechtsvertrag bzw. dessen grundbuchlicher Vormerkung miterfasst bzw. mitbelastet wurde. a) Gegenstand eines Kaufrechtes gemäss Art. 683 ZGB können Grundstücke im Sinne von Art. 655 ZGB sein. Der Umfang einer Liegenschaft erstreckt sich auf die Liegenschaft mit all ihren Bestandteilen wie Bauten, Pflanzen, Quellen (Meier-Hayoz, Kommentar zum ZGB, Bern 1975, Art. 683 N 50, Art. 681 N 80 und a.a.O., Art. 655 N 12). Die Belastung eines Grundstückes mit einem (im Grundbuch vorgemerkten) Kaufrecht erfasst somit sämtliche Sachteile, welche zur Zeit des Vertragsschlusses als Bestandteile zur Liegenschaft gehören. Der Rekurrent macht nun sinngemäss geltend, eine Belastung des Brunnens mit dem Kaufrecht sei deshalb nicht möglich gewesen, weil er bereits am 30. November 1984 Eigentümer des Brunnens geworden sei. Damals war zwischen H und W folgende Vereinbarung getroffen worden: "Anstelle eines Zinses für die Zeit vom 01.07.-30.11.1984 auf ein Kapital von Fr. 80'000.--übernimmt H, Sarnen, den Brunnen mit Stock, wie gesehen, als Ausgleich für die Zinsschuld für 5 Monate. Abtransport desselben übernimmt H in den nächsten Tagen." Diese Vereinbarung begründete zwar die Verpflichtung von W, den Brunnen auf H zu

übertragen. Die Übertragung selber, das eigentliche Verfügungsgeschäft, aufgrund dessen H das Eigentum am Brunnen erworben hätte, war damit aber noch nicht erfolgt. So ist zur Übertragung des Eigentums der Übergang des Besitzes auf den Erwerber erforderlich (Art. 714 Abs. 1 ZGB). Der Brunnen stand jedoch zur Zeit des Abschlusses des Kaufrechtsvertrages sowie zum Zeitpunkt der grundbuchlichen Vormerkung im Besitz von W und wurde erst am 2. Dezember 1985 von H abtransportiert. Eine Eigentumsübertragung ohne Übergabe der Sache wäre diesfalls nur kraft eines besonderen Rechtsverhältnisses möglich gewesen (Art. 924 Abs. 1 ZGB). Gerade auf ein derartiges Besitzeskonstitut beruft sich der Rekurrent. Der Besitz geht nur dann durch Konstitut über, wenn dies zwischen Veräusserer und Erwerber vereinbart wurde (E. Stark, Kommentar zum ZGB, Bern 1984, Art. 924 N 64 ff). Dies ist vorliegend nun aber gerade nicht der Fall. Allein aufgrund der Tatsache, dass die Sache nach dem Verpflichtungsgeschäft noch im Besitz des Verpflichteten bleibt, ergibt sich noch kein Konstitut (Stark, a.a.O., N 55). Aus der zwischen W und H getroffenen Vereinbarung ergibt sich lediglich, dass der Brunnen wenige Tage nach dem Verpflichtungsgeschäft abgeholt werden sollte. Wird nun aber die Übergabe der Sache auf einen späteren Zeitpunkt verschoben, so liegt darin kein Verwahrungsvertrag und damit auch kein Besitz- und Eigentumsübergang zur Zeit des Vertragsabschlusses. Dies gilt selbst dann, wenn der Erwerber unverschuldet verhindert war, die Sache abzuholen (Stark, a.a.O., N 59). Daraus erhellt, dass der Brunnen zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufrechtsvertrages sowie dessen Vormerkung noch im Eigentum und im selbständigen Besitz von W stand. b) Durch die Vormerkung des Kaufrechtes im Grundbuch entstand eine Wirkung des obligatorischen Rechtes gegenüber jedem später erworbenen Recht, namentlich gegenüber später erworbenen dinglichen Rechten (Art. 959 Abs. 2 ZGB). Eine nach Abgabe der Vormerkung des Kaufrechtes erfolgte Übertragung ist daher unwirksam und stellt keinen gültigen Eigentumserwerb dar. Der mit dem Kaufrecht belastete Brunnen konnte nach dem 17. Oktober 1985 (Vormerkung im Grundbuch) nicht gültig übertragen werden. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beurteilung des Befehlsbegehrens der Rekursgegnerin durch den Kantonsgerichtspräsidenten im Befehlsverfahren sowohl aufgrund der klaren Rechtslage als auch der tatsächlichen, sofort beweisbaren Verhältnisse zulässig war und dem Begehren zu Recht entsprochen wurde.

de| fr | it Schlagworte brunnen verbindung grundstück eigentümer vormerkung grundbuch eigentum besitz fahrnisbaute sache bestandteil lediger vorinstanz beklagter hauptsache Mehr Deskriptoren anzeigen Normen Bund ZGB: Art.641 Art.642 Art.655 Art.667 Art.677 Art.683 Art.714 Art.924 Art.959 ZPO: Art.232 Art.243 Art.250 Leitentscheide BGE 105-II-264 S.266 92-II-227 S.231 100-II-8 S.11 100-II-8 S.12 AbR 1986/87 Nr. 5 1986/87 Nr. 23 1980/81 Nr. 26 1986/87 Nr. 7

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.